

[La Fabrique des OPCA 11 : analyse critique de la doctrine de la DGEFP](#)

Ecrit par Jean-Marie Luttringer, Jean-Pierre Willems, publié le 24 mai 2011

«Le document de la DGEFP (Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle) a sa cohérence. Elle peut correspondre à une volonté politique légitime, ce n'est pas pour autant qu'elle s'en trouve validée juridiquement. » Dans leur nouvelle contribution publiée sur le Club AEF, onzième chronique du cycle consacré à la « fabrique des OPCA », Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems livrent une analyse critique des positions prises par l'administration dans son document « Questions-Réponses » relatif à la réforme des organismes collecteurs transmis aux partenaires sociaux lundi 16 mai 2011. Ils proposent également une lecture juridique critique plus détaillée de ce « Questions-Réponses » dans un document joint à la dépêche publiée par le domaine Formation d'AEF mardi 24 mai, afin de permettre aux acteurs de la réforme de mieux identifier les points qui méritent débat.

La doctrine administrative sur le regroupement des OPCA qui vient d'être diffusée sous forme de questions-réponses, était attendue depuis plusieurs mois, par les partenaires sociaux qui ont engagé des négociations portant notamment sur la redéfinition des champs d'intervention des OPCA, rendue nécessaire par le seuil de collecte de 100 millions d'euros exigés pour l'obtention d'un agrément .

Ce document, au demeurant dépourvu de valeur juridique opposable à des tiers, aborde de multiples domaines du droit qui encadrent l'activité des OPCA : droit de la formation, droit de la négociation collective, droit fiscal, droit administratif, droit économique et notamment droit de la concurrence, droit associatif et particulièrement règles de gestion des organismes paritaires.

Sur plusieurs points, les positions prises par l'administration sont discutables voire contestables en raison de l'insuffisante prise en compte de la diversité de règles de droit qui encadrent la création le fonctionnement et l'activité des OPCA au profit d'une vision administrative, par conséquent partielle et quelquefois partielle de l'identité juridique de cette institution qu'elle entend remodeler à l'instar d'une institution parapublique, à l'occasion de la procédure unilatérale d'agrément.

Une lecture juridique critique détaillée de ce « questions-réponses » publiée par AEF, permettra aux lecteurs d'identifier les points qui méritent débat voire contestation. En guise d'introduction à ces commentaires techniques, il nous paraît utile d'éclairer les positions prises par la DGEFP en essayant d'appréhender la dynamique qui les fonde, et de les resituer dans le contexte plus global de la gouvernance du système de formation professionnelle continue.

1. Une vision « administrative » : les OPCA délégataires de service public

La culture administrative française est fondée sur l'égalité républicaine et l'unilatéralisme. L'égalité républicaine garantit que chacun sera traité de manière uniforme dès lors qu'il a affaire à l'administration. Quels que soient ses qualités, position sociale, localisation géographique ou état de fortune, le citoyen doit être traité selon les mêmes règles. On connaît certes de nombreuses lois spéciales, mais l'action publique en France est fortement imprégnée d'égalité, pilier de la République. La seconde culture est celle de l'unilatéral. La puissance publique, au nom de l'intérêt général est seule habilitée à réaliser certains actes ou opérations. A ce titre, son action ne saurait être négociée et le contrat n'entre pas naturellement dans ses modes d'action.

Cette double culture est présente dans quasiment toutes les réponses apportées aux Questions relatives aux OPCA et au processus de leur regroupement. Si l'on veut résumer, au risque d'être schématique, la position de la DGEFP à propos des OPCA, on pourrait l'exprimer ainsi : les OPCA ont reçu une délégation légale de gestion des sommes fiscales appartenant à l'Etat et destinées à la formation professionnelle. Ils agissent donc en lieu et place de l'Etat et doivent, comme tout préposé face à son commettant, respecter strictement les limites du mandat qui leur a été confié, et en rendre compte. Dans cette vision, les OPCA sont des organismes participant à un service public, un quasi-démembrement de l'administration. Ainsi peut s'expliquer le recours aussi fréquent, et peu argumenté, à la notion d'ordre public, la réduction à une partie congrue de la capacité des partenaires sociaux à négocier librement autour de la formation et en particulier de son financement, la difficulté à reconnaître une autonomie à la gestion paritaire, alors même que les OPCA sont par définition des organismes privés, puisque la loi spécifie qu'ils doivent être créés par accord entre organisations d'employeurs et de salariés représentatifs dans le champ de l'accord, et non pas par décret.

Il en va de même de l'impossibilité absolue d'exercer directement des activités économiques sans enfreindre le droit de la concurrence. Mais on sent bien ici que c'est moins l'entorse au droit de la concurrence qui est problématique que le fait que les OPCA sortent d'une mission de service public pour entrer sur le champ de l'économie. Pour la DGEFP, pas question donc que les OPCA exercent directement des missions que la loi leur confie pourtant : ils doivent externaliser toute activité économique par nature et ne peuvent exercer en propre que des tâches de gestion et d'information. Comme toute administration.

2. Une vision fiscaliste : le financement ramené au fiscal

La DGEFP n'établit aucune distinction, et s'oppose même à ce qu'une distinction soit établie, entre la fiscalité de la formation professionnelle et le financement de la formation professionnelle. L'obligation de financement de la formation professionnelle, et le droit fiscal régissant cette participation obligatoire des entreprises, absorberait en vertu de l'ordre public, tout financement de la formation et de manière impérative tout financement transitant par les OPCA.

L'administration oublie l'histoire et le droit. L'obligation fiscale n'a jamais été conçue comme devant constituer la ressource exclusive du financement de la formation. Elle devait créer une dynamique et permettre d'établir des budgets formation dans toutes les entreprises, objectif qu'elle a largement atteint. Et les OPCA et FAF ne devaient pas gérer exclusivement l'obligation légale de financement de la formation professionnelle, mais toute cotisation ayant la même fin, comme en témoigne l'article L. 6332-8 du Code du travail et comme le Conseil d'État a eu l'occasion de le confirmer dans un arrêt du 30 décembre 2002 (CNAMTS). La loi n'interdit d'aucune manière à un accord constitutif d'un OPCA de lui conférer la mission de collecter les contributions destinées à financer le développement de la formation, créée par un accord collectif.

Les déclarations fiscales des entreprises n'ont jamais été des outils de recensement de l'ensemble des dépenses de formation, mais le moyen de vérifier que l'obligation minimale a été respectée.

C'est pour ces raisons, et considérant que l'obligation fiscale avait déjà produit tous ses effets, que lorsque Christine Lagarde a écrit aux partenaires sociaux pour leur demander de négocier en vue d'une réforme de la formation professionnelle au mois de juillet 2008, elle leur a indiqué que s'ils souhaitaient étendre leur autonomie au financement conventionnel de la formation, c'était envisageable. Le fait qu'ils n'aient pas saisi cette invitation ne signifie pas que l'on doive aujourd'hui en conclure que le fiscal doit régir l'intégralité des financements transitant par les OPCA et que la négociation collective sur la formation professionnelle n'a plus d'espace pour s'exprimer.

3. La négociation sur la formation professionnelle, droit fondamental des salariés

Le droit des salariés à la négociation collective est un principe fondamental du droit qui a valeur constitutionnelle. L'article L. 2221-1 en exprime à la fois le principe et le champ : « Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales ».

Les partenaires sociaux, faut-il le réaffirmer, ont toute légitimité pour négocier librement sur la formation professionnelle, et pas uniquement à la marge pour ajouter quelques % aux obligations fixées par l'État. Les partenaires sociaux, qui créent les OPCA par la négociation, ont la possibilité de mettre en place des dispositifs non prévus par le livre 6 du Code du travail, de prévoir le financement de ces dispositifs et d'en confier la gestion à des OPCA qui n'ont pas pour mission exclusive la gestion des sommes fiscales.

Enfermer la formation professionnelle dans le champ d'un livre 6 du Code du travail, et qui plus est dans les dispositions de nature fiscale du livre 6, qui ne serait amendable qu'à la marge, c'est la négation de la capacité même de négociation des partenaires sociaux dans le domaine, largement entendu, portant sur les conditions de travail et d'emploi de garanties sociales, dont participe la formation professionnelle. Et si l'on devait invoquer l'ordre public,

il s'agirait plutôt de la préservation du droit constitutionnellement reconnu aux salariés d'exercer leur droit à la négociation collective par l'intermédiaire de leurs représentants.

4. La nécessaire autonomie de la gestion paritaire

Les partenaires sociaux investis d'un mandat de gestion paritaire ne tirent pas leur légitimité d'un mandat impératif qu'ils tiendraient de l'administration. La gestion paritaire est une des formes de la démocratie sociale, qui a sa légitimité propre ancrée dans le droit constitutionnel des salariés à la participation dont relève également la négociation collective. Est-il nécessaire de rappeler qu'elle s'inscrit dans le respect d'un cadre légal ? Mais elle dispose également d'une sphère d'autonomie, relative à la définition de ses principes et modalités de fonctionnement. Quel serait le sens d'une telle négociation si toutes les règles d'organisation et de fonctionnement des organismes paritaires devaient être définies par le législateur ou l'administration ?

Le document Questions/Réponses de la DGEFP traduit, à l'évidence, une défiance de l'administration vis-à-vis de l'autonomie de gestion et des modèles d'organisation mis en place par les partenaires sociaux, davantage appréhendés comme des détournements voire des fraudes destinées à faire échec à la réforme, que comme des étapes dans des processus de négociation qui ont à la fois leur dynamique propre et leur temporalité, qui ne sont certes pas toujours ceux du politique.

Cette défiance se retrouve dans la négociation des Conventions d'Objectifs et de Moyens qui doivent être conclues prochainement entre chaque OPCA et l'État, dont l'encadrement est tel qu'il s'agit moins d'une négociation que de répondre à un cahier des charges afin d'obtenir la possibilité de fonctionner.

5. Le droit de la concurrence dépend des conditions d'exercice d'une activité et non de sa nature

La DGEFP prend, en matière de concurrence, des positions basées sur une distinction entre les activités de l'OPCA en fonction de leur nature. Or, le droit économique, celui qui s'applique aux activités marchandes dont le droit de la concurrence se fonde moins sur la nature des activités que sur les conditions de leur exercice. Une activité de conseil pourrait ainsi être qualifiée d'activité lucrative ou d'activité d'intérêt général en fonction des entreprises visées, de la nature de la prestation ou des conditions financières de sa mise en œuvre. Plus que la nature de l'activité, c'est la question de savoir s'il existe un marché ou non pour ce type de prestation qui permet de déterminer le champ de la concurrence. La réponse à cette question ne saurait être que concrète. C'est précisément parce que le marché ne répond pas, notamment dans les TPE et les PME, que le législateur, en s'appuyant sur les préconisations du rapport de l'IGAS, encourage les OPCA à proposer des prestations de conseil et de diagnostic. Faute d'approfondir suffisamment cette question, le document de la DGEFP ne permet pas de répondre à la question des activités des OPCA qui entrent ou non dans le champ de la concurrence.

Conclusion

Le document de la DGEFP a sa cohérence. Elle peut correspondre à une volonté politique légitime, ce n'est pas pour autant qu'elle s'en trouve validée juridiquement. Or, nombre de thèmes dans le Questions/Réponses, ne sont abordés qu'à partir d'une vision administrative et fiscale réductrice qui ne permet pas de fournir des solutions valides dans des domaines qui mêlent le droit de la négociation collective, de la concurrence, de la gestion paritaire et de la formation professionnelle.

Mais au-delà des questions purement juridiques, le document de la DGEFP exprime surtout, et peut être avant tout, le fait que les questions de gouvernance du système de formation professionnelle n'ont pas été résolues par la loi du 24 novembre 2009. Et ici il n'est question que des rapports entre l'État, les partenaires sociaux et les institutions paritaires. La non prise en compte par la loi de la légitimité des conseils régionaux dans ce même domaine, rend la question de la gouvernance encore plus brûlante. Tant qu'il en sera ainsi, les importantes questions juridiques qui doivent être réglées pour la mise en place, le fonctionnement et l'efficacité des OPCA au profit des entreprises et des salariés, demeureront parasitées par des questions de positionnement de chacun dans la définition de ses périmètres de pouvoirs. Il y a pourtant urgence à sortir de ces débats.